

Др Живорад Рашевић,*
Доцент Високе школе за пословну
економију и предузетништво, Београд

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
10.5937/zrpfno-29235

UDK: 347.124(497.11)
Раd примљен: 03.11.2020.
Раd прихваћен: 04.01.2021.

ЗАБРАНА ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА У НАЦРТУ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: У овом раду се описује, објашњава и критички оцењује предложено решење установе забране злоупотребе права из члана 20 Нацрта Грађанског законика Републике Србије. Најпре се износе назнаке правнодогматског развоја и анализирају савремене теоријске дилеме о природи ове установе, а затим се упоређују релевантне домаће и упоредноправне позитивне и предложене одредбе. На крају се критички оцењује предложено решење, полазећи од критеријума утемељености у традицији грађанскоправне науке и праксе, примерености решења савременом развоју грађанскоправне теорије, правнодогматске садржајности, информативности, те правносистемске и логичке доследности.

Истраживање резултира сазнањима о опредељењу приређивача да ново решење утемељи на позитивноправној одредби, уз побољшања у виду истицања појма шкођења и субјективних манифестација појма. Овакво се решење критикује због пропуштања прилика да се правнодогматски изразе све оне манифестације појма злоупотребе које је препознала судска пракса и које је прихватила наука грађанског права, и да се ова установа изрази у складу са модерном теоријом унутрашњих ограничења субјективних права.

Полазећи од налаза савремене грађанскоправне догматике и теорије, предлаже се друкчије решење које јасније изражава природу ове установе, те поузданије води судску праксу у стваралачкој примени права и артикулисању последица злоупотребе права.

Кључне речи: злоупотреба права, забрана, субјективно и објективно схватање, унутрашња и спољна теорија.

* zivorad.rasevic@vspep.edu.rs

1. Увод

У предстојећем великом спремању у грађанском праву Србије, које је засновано на предлогу кодификације грађанског права, налазе се одређене новине у дефинисању појма и правних последица злоупотребе права. Прецизније, у члану 20 Нацрта Грађанског законика Републике Србије: „Забрањено је вршење права у намери да се другоме шкоди, као и свако друго његово вршење које је противно сврси ради које је установљено или признато“ (Влада РС, 2015: 78).

Како се ради о материји уводног дела грађанског права, јасно је да наведена одредба, употребом широких и недовољно одређених појмова, омогућава широку судијску слободу у тумачењу и примени грађанскоправних норми. Она то чини на начин који није уобичајен у материји грађанског права, јер садржи експлицитно одређење о забрани у правном подручју чија се техника регулисања не заснива на наредбама и забранама, него на признавању и додели субјективних права (Vodinić, 2012: 192–193). На први поглед, ради се о парадоксу: законодавац истовремено признаје вршење субјективних права и то исто забрањује, ако се на тај начин шкоди другима. У сваком случају, судија је тај који је овлашћен да манифестације шкодљивог вршења права препозна и квалификује их недопуштеним.

У овом раду се анализира правнодогматски, теоријски и позитивноправни појам злоупотребе права и њене забране, како би се објаснила и критички оценила теоријска савременост и свеобухватност, правносистемска усклађеност и практична примереност предложеног решења. Састављен је из четири дела. Најпре је укратко изнесен пут правнодогматског развоја установе, а затим су објашњене савремене теоријске дилеме о њеној природи. Затим су објашњена и критички оцењена постојећа и предложена решења. На крају је предложено и побољшање предлога позитивноправне дефиниције злоупотребе права у складу са налазима савремене грађанскоправне теорије.

2. Развој установе злоупотребе права у грађанскоправној догматици

Појава злоупотребе права је старија од њеног увођења у свет грађанскоправне догматике и позитивног права, јер се претече ове грађанскоправне установе налазе већ у казуистици римског права и његовој средњовековној рецепцији. У Дигестама се наводи да не треба бити попустљив на пакост која се састоји у томе да држалац приликом враћања оструже украсе са ствари; да власник не сме копати на свом земљишту само да би другога лишио воде; да поверилац не треба да захтева од легатара нешто што би по основу легата морао да му врати; да власник суждревне кобиле која

је пасла на туђем земљишту може да тражи накнаду штете од власника земљишта који је кобилу отерао грубо је ударајући, тако да је изгубила плод; да закуподавац не дугује уговорну казну закупопримцу услед раскида уговора до кога је дошло због неплаћања закупа; да ималац службености може да буде обавезан да накнади штету ако се није базирао на последице које власнику послужног добра узрокује начин вршења права службености; да отац не може оспоравати тестамент ћерке позивајући се да није била правно еманципована ако је није тако третирао за живота; итд. У средњем веку се елементи ове установе распознају у суседском праву, и у следећим забранама: преганања са другим, позивања на сопствено неморално понашање, контрадикторног понашања и бескорисног вршења права (Vodinić, 1997: 48–55).

У литератури се почеци теорије о злоупотреби права налазе у пракси француских судова крајем XIX века да вршење субјективних грађанских права доводе у везу са циљем и духом права, те у немачком законодавству инспирисаном прихватањем приговора преваре (*exceptio doli generalis*). Злоупотреба права се уобличије као позитивноправна установа у првим грађанским кодификацијама. У пруском *Landrecht*-у (1794) одређује се да “нико не сме злоупотребити својину ради повреде или оштећења другог” и “вршења својине које по својој природи може имати за циљ само повреду другог.” Немачки Грађански законик (1895) уводи начело савесности и поштења и с тим у вези одређује у члану 226 да је “недопуштено вршење права које може имати једино за циљ да се другоме нанесе штета.” Новела аустријског Грађанског законика (1916) такође забрањује шиканозно вршење права, тј. “противно добрим обичајима и у очигледној намери да се другом нанесе штета.” Швајцарски грађански законик (1907) одређује да “очигледна злоупотреба права не ужива правну заштиту.” Српски Грађански законик (1848) у члановима 32 и 806 одређује одговорност имаоца права који је вршењем тог права прекорачио његове границе, као и правило о међусобном ограничавању вршења супротстављених права, а када то није изводиво, да мање вредно право не сме да се врши на штету вреднијег. Узорне одредбе у том смислу се налазе у члану 1000 Општег имовинског законика за Књажевину Црну Гору (1888) Валтазара Богишића: “Ни својим се правом служити немош`тек другом на штету ил досаду.” И у члану 1014: “Ни у праву своме не тјерај мак на конач” (Vodinić, 1997: 163–164; Rašović, 2006: 145–148; Perović, Stojanović, 1980: 132–134).

У наведеним цитатима првих позитивноправних уобличавања ове установе је очигледан утицај тада доминантних школа циљне и интересне јуриспруденције, којима се позитивистички ригидне одредбе грађанских кодификација ублажавају сходно ученој потреби да се у

вршењу субјективних права води рачуна о правима других, чак и онда када то законодавац није препознао. Контрадикторност ове установе је можда најбоље изразио великан српске правне мисли из прве половине XX века Живојин Перић, када је 1939. године окарактерисао теорију злоупотребе права нерешивим правним проблемом. “Уношење у један систем (индивидуалистичко-буржоаски) идеја из једног другог, сасвим, антиподно, супротног, друштвеног уређења (уређења колективистичкога), у а сврси да се ублаже штетне последице првога уређења... једна врста замке које би једно такво објективно приватно право намештало власницима приватних права, чије вршење би, на тај начин, представљало један ризик и било скопчано за, њих штетним изненађењима” (Perić, 2008: 48). За овај проблем он предлаже синтетички начин нормирања, чиме се судији даје дискрециона моћ за примену законодавчеве воље: „Законодавац, дакле, хоће да, овде, судија има, у извесној мери, једну власт сличну његовој, законодавчевој, власти, он га ту, прави делимично законодавцем... судија је ту један пуномоћник законодавчев са извесном слободом кретања“ (Перић, 1921: 20–21). Другим речима, „судија није аутомат за супсумцију под појмове, али није ни потпуно слободан: мисаоном операцијом треба да реконструише избор интереса који је начинио законодавац и да у примени спроведе тај избор (мислећа послушност)“ (Vodinešić, 1991: 139).

Савремена интерпретација процеса позитивизације установе злоупотребе права је виђена као продор метаправних и јуснатуралистичких појмова у позитивно грађанско право, које је нарочито дошло до изражаја у другој половини XX века. Установе грађанског права све више прожимају социјални и етички садржаји, а теорије забране злоупотребе права и теорије субјективних права као социјалних функција су две доминантне теорије о вршењу субјективних права (Станковић, 1996: 221–224). Она представља неписано опште правно начело, довољно изражено као опште правило за конкретизацију од стране законодавца, судске праксе и науке о праву (Vodinešić, 1997: 107–110).

Из наведеног је видљиво да правнодогматски развој злоупотребе права није резултирао униформним приступом овој установи. У наставку ће бити показано да ове разлике нису превладане ни у савременој грађанскоправној науци.

3. Природа злоупотребе субјективних грађанских права: теоријске дилеме

У претходном делу је појашњено како је злоупотреба права у свом походу од римског права до данас еволуирала од казуистичке реакције на социјално

и етички неоправдане, а наизглед допуштене начине вршења субјективних права, преко етаблирања у опште правно начело па све до правне установе уобличене у традицији циљне и интересне јуриспруденције. Дакле, теорија злоупотребе права није донела само једну нову грађанскоправну установу, него је као опште начело унела многе новине у друге грађанскоправне установе и оснажила дискрециона овлашћења грађанских судија.

Развојем грађанскоправне догматике, недовољно одређени појам злоупотребе права се шири дефинисањем његових нових манифестација које је препознала судска пракса. Поред тога, отварају се два теоријска раскршћа, две дилеме о природи ове установе. Прва је она о значају субјективног односа према понашању које се може оквалитиковати као злоупотреба права, а друга о правној природи тог понашања. Прва се дилема изражава кроз разликовање субјективног и објективног приступа овој установи. Старије, субјективно и уже поимање злоупотребе права подразумева вршење права у намери да се другоме нашкоди (тзв. шикана), док су савременија схватања објективне и шире природе. Према савременим схватањима, намера шкођења није кључно обележје ове установе, него је то свако вршење права противно његовом циљу. Другим речима, субјективно схватање злоупотребе права инсистира на постојању намере да се шкоди другоме, док објективно не почива на кривици и задовољава се утврђењем да одређено понашање није у складу са циљем грађанске норме на коју се то понашање позива, односно са начелом савесности и поштења. Друга дилема је она о самој природи установе и настаје разликовањем теорија унутрашњих и спољних ограничења субјективних права. Према спољној теорији, субјективна права се ограничавају споља, па ограничења не врше никакав утицај на саму садржину субјективног права: радња злоупотребе права се креће у границама вршења права а забрањена је зато што су њоме повређене друге норме. Према унутрашњој теорији, ограничења субјективних права су саставни део субјективних права: садржина сваког права је ограничена смислом права, нормом или општим правним начелима као што су добри обичаји, савесност и поштење, јавни поредак, и др. (Perović, Stojanović, 1980: 134–136 – коментар Стојановића; Vodinelić, 1997: 195–201). У наставку ће бити изложени различити, често и супротстављени ставови по овим питањима водећих домаћих и регионалних аутора.

Рашовић сматра злоупотребу права општим начелом правног поретка и "недопуштеним вршењем субјективног права, најчешће шкодљиво другоме," а као њене облике он наводи противциљно вршење права, вршење права са намером да се другоме нанесе штета, (шикана), вршење права без оправданог интереса (бескорисно вршење права), несразмерно вршење права (ради остварења несразмерно мање вредног интереса у

односу на интерес трећег који се вршењем права вређа), непримерено вршење права, противречно понашање имаоца права и вршење права противно моралу или правичности. Према њему, субјективно право може злоупотребити само ималац субјективног права (Rašović, 2006: 145–148). Тиме се он опредељује за објективни приступ, дефинисање ове установе егземплификативном енумерацијом њених манифестација и за теорију спољних ограничења субјективних права.

И Визнер сматра да се ради о забрани вршења неког грађанског права, односно о “сукобу субјективних права... до којег је дошло због тога што је једно субјективно право, додуше, реализирано унутар одговарајућих правних граница, али у супротности свог главног циља... чиме се онемогућило остварење другог постојећег субјективног права...” (Vizner, 1978: 80–81).

Слично њему, Лоза види корен установе у правилу римског права да се вршењем права не сме наносити штета (*qui suo iure utitur neminem ledit*) и опредељује се за објективни приступ, истичући да није једноставно утврдити вршење права противно његовом циљу (Loza, 2000, 12).

Стојановић сматра да се код овог института ради о “институционално погрешном вршењу... права које не ужива правну заштиту.” Погрешност се састоји у вршењу права “супротно духу институције, њеном циљу, финалитету”, као и грубом занемаривању интереса других шиканозним, егоистичним, противуречним понашањем, као и насразмерним прецењивањем својих интереса. Према њему, злоупотреба права је “флагрантна повреда начела савесности и поштења, која је формулисана у форми једне забране.” Тиме се он очигледно опредељује за објективни приступ овој установи, јер не инсистира на кривици за понашање којим се злоупотреба врши. Са друге стране, он се не опредељује јасно ни за спољну ни за унутрашњу теорију, наводећи да обе имају одређене предности које се не морају искључити, тако да је ствар законодавца да оцени хоће ли “одмах у садржини права да одреди елементе ограничења, или ће, водећи рачуна о релативности садржаја права, то учинити касније” (Perović, Stojanović, 1980: 134–136, 146 – коментар Стојановића).

Водинелић даје најширу и најубедљивију теоријску експликацију ове установе. Према њему, дилема између субјективних и објективних схватања злоупотребе права представља погрешно постављен проблемски оквир, јер се једном дефиницијом која је неутрална (не истиче ни субјективне ни објективне елементе) и свеобухватна (садржи све идентификоване видове злоупотребе) најјасније изражава природа ове установе. За разлику од аутора који сматрају да једино ималац субјективног права

може злоупотребити право, Водинелић сматра да овај институт управо искључује имање субјективног грађанског права. Он злоупотребу права назива привидом, а сам израз погрешним, такозваним, јер израз „допуштено вршење права“ представља плеоназам, а „недопуштено вршење права“ *contradictio in adjecto* (Vodinielić, 1997: 215–225). Он предлаже еnumerативну егземплификативну дефиницију: “Злоупотреба права је оно понашање налик вршењу права а шкодљиво другом, које је између осталог, шиканозно, бескорисно, несразмерно, противциљно, непримерено, противречно, неморално или неправично.” За разлику од осталих аутора, он се резолутно опредељује за теорију унутрашњих ограничења субјективних права. Спољну теорију сматра неодрживом, полазећи од општеприхваћеног теоријског појма субјективног грађанског права као правно признате или дате могућности ради остварења неког интереса. „Ако нека могућност није призната, тада нема ни субјективног права; ако на нешто нисмо овлашћени, него нам је то забрањено, тад нема ни субјективног права, ни његовог вршења, па ни забране злоупотребе субјективног права... Пошто правни поредак никад у исто време не овлашћује на одређено понашање и забрањује то исто понашање, не ради се о забрани вршења права него о забрани вршења радње, забрани одређеног понашања... Не забрањује се вршење права, него вршење радње. Норме о забрани злоупотребе права баш и имају задатак ... да обавесте о томе кад неко понашање, које је у правилу допуштено, ипак није допуштено“ (Vodinielić, 2012: 298–310).

На трагу Водинелићевог схватања о злоупотреби као привиду права је Крнета. Проучавајући појам губљења права (*Verwirkung*) као посебног случаја недопуштеног вршења права у немачкој теорији, она закључује да понашање у противности са ранијим понашањем имаоца одређеног субјективног права (*venire contra factum proprium*) које шкоди савесном лицу доводи до престанка тог права због кршења начела савесности и поштења (Krneta, 2007: 14).

Када се сумирају различита теоријска опредељења о природи ове установе, јасно се указује исходиште њене еволуције у виду средства ограничавања субјективних грађанских права, препознавања и дефинисања њених нових манифестација. То је исходиште умногоме проширило и до непрепознатљивости изменило првобитно језгро појма које се састојало од намерног или пак противциљног шкођења другоме. У наставку ће бити говора о томе како је наведена установа формулисана у *lege lata* и *lege ferenda*.

4. Забрана злоупотребе права у позитивном грађанском праву

Најважније одредбе у којима је позитивисана установа забране злоупотребе права у српском грађанском праву су члан 13 Закона о облигационим односима (*Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Сл. лист СРЈ*, 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, 1/03): “Забрањено је вршење права из облигационих односа противно циљу због кога је оно законом установљено или признато.”; и члан 4, став 2 Закона о основама својинско-правних односа (*Сл. лист СФРЈ*, 6/80, 36/90, *Сл. лист СРЈ*, 29/96 и *Сл. гласник РС*, 115/2005): “Забрањено је вршење права својине противно циљу због кога је законом установљено или признато.”

Ова су позитивноправна решења очигледно на трагу објективног приступа овој установи, јер забрањују свако противциљно, а не само намерно вршење сопственог права којим се шкоди другоме. Друго, изрази “забрањено је вршење права...” указују на давање предности теорији спољашњег ограничења субјективних права. Треће, одредбе су лапидарног карактера, јер истичу само једну манифестацију злоупотребе у виду противциљног вршења права. Овакво садржинско сиромаштво, објективни и спољашњи приступ нису изузетак упоредноправно, јер се то може закључити и за аналогне одредбе мађарског Грађанског законика (1959), као и новелу јапанског (1947) (Vodinić, 1997: 163–164). Са друге стране, постоје и другачији приступи, а као добар пример може послужити члан 7 шпанског Грађанског законика (1889, новела из 1974. године): “Права се морају вршити у складу са захтевима добре вере. Право не подржава злоупотребу права или његово антисоцијално вршење. Било које чињење или нечињење које, као резултат намере починиоца, има сврху или околности у којима је предузето очигледно превазилазе нормална ограничења за вршење права, са штетом трећој страни, водиће до одговарајуће компензације или до правосудних или управних мера које спречавају наставак злоупотребе” (Spanish Civil Code, 2009: 3).

Међутим, примери из судске праксе Србије и ближег окружења указују да су судови позивањем на штуре одредбе члана 13 Закона о облигационим односима и члана 4 Закона о основама својинско-правних односа проширили појам злоупотребе и на друге манифестације и новија схватања установе о којима је било говора у претходном делу. Тако нпр. “Станар је обвезан омогућити даватељу стана да у стан доводи потенцијалне купце стана ради разгледавања, при чему је давалац стана ограничен једино забраном шиканозног поступања”¹ (Crnić, 2001: 8); Власник земљишта засађеног дрвећем које прави хлад усеvu на суседном пољопривредном

1 Врховни суд Хрватске, Рев. 2357/88

земљишту може да одговара за мањи принос услед недостатка сунчеве светлости једино „ако је сађење имало за циљ да суседу нанесе штету“²; Власник обрадивог земљишта на коме се гаје виногради и друге ратарске културе његовим претварањем у шумско земљиште које угрожава суседно земљиште и културе на њиме чини злоупотребу права³; сувласници зграде не могу тражити успоставу ранијег грађевинског стања од купца идеалног дела зграде који је извршио адаптације којима је повећао њену вредност „ако за то не постоји њихов оправдани интерес“⁴; постоји злоупотреба права када власник усмерава отицање воде са свог земљишта тако да се она слева на земљиште суседа и наноси штету, јер се оно врши у супротности са циљем „макар и не постојала намера да се тиме другоме нанесе штета.“⁵ (Вуковић, 1999: 14, 15).

Дакле, судска пракса се стваралачким тумачењем и применом права успешно носила са садржинским сиромаштвом и теоријском анахроношћу позитивноправних одредби. Како се очекује велико спремање у српском грађанском праву, у наставку ће бити анализирано предложено позитивно-правно решење и оцењена његова теоријска и практична оправданост.

5. Забрана злоупотребе права *de lege ferenda*

Да поновимо, у Нацрту Грађанског законика Републике Србије, одредба о злоупотреби права нашла је своје место у Општем делу, Уводним одредбама, у члану 20 (рубрум Злоупотреба права): „Забрањено је вршење права у намери да се другоме шкоди, као и свако друго његово вршење које је противно сврси ради које је установљено или признато.“. Позивање на забрану злоупотребе права се понавља у још неким одредбама, а посебно у члану 1699 (рубрум Злоупотреба права својине), 2219 (рубрум Родитељско право).

Приређивач се, ограничавањем на прве уочене манифестације злоупотребе у виду „намере шкођења“ и „сврхе“, очигледно определио да обухвати субјективна и објективна схватања ове установе, док је употребом израза „забрањено је...“ остао на трагу традиционалних позитивноправних решења инспирисаних спољашњим теоријама ограничавања субјективних права. У прилог примерености овог решења садашњем тренутку развоја грађанскоправне науке могло би се рећи да се оно у приличној мери подудара

2 Врховни суд БиХ, Гзз. 87/68

3 Окружни суд у Лесковцу, Гж.1182/78

4 Врховни суд Југославије, Рев. 128/68

5 Врховни суд Хрватске, Рев. 149/66

са садашњим позитивноправном одредбом и да употпуњује дефиницију установе навођењем шкођења, као њеног неспорног конститутивног елемента. Ово је важно побољшање дефиниције, иако се повезивањем шкођења са појмом намере ограничава само на шиканозне манифестације злоупотребе права. Наиме, шкођење, као шири појам од проузроковања штете, обухвата сваку насталу или пак само могућу неповољну последицу која се вршењем радње злоупотребе проузрокује другом лицу (Vodinić, 1997: 11). Такође, недостатак позитивисања већ солидно теоријски елаборираних манифестација злоупотребе ни до сада није био препрека широкој судијској дискрецији, поготово што предложени текст обилује социјалним и етичким појмовима који ту дискрецију подржавају снажније него икада пре: у члану 2. је као тежња Законика истакнуто остварење врлине правде, у члану 6 морал је постављен као граница уређења субјективних грађанских права.

Са друге стране, горе изнесени Водинелићеви аргументи указују да предложено позитивноправно решење треба да буде побољшано. Пре свега, појам злоупотребе би требало да буде прецизније дефинисан, јер од тога не може да буде штете, него само користи. Појам шкођења другоме, који је у предложеној дефиницији остао повезан са намером, треба да буде истакнут као конститутивни елемент целокупног појма и свих његових манифестација, зато што не може бити говора о недопуштеном вршењу субјективних овлашћења којим се не узрокују неповољне последице по друге. Даље, јуснатуралистичка позивања на правду и морал су корисна, али је нужно да се позитивноправно конкретизују у интересу правне сигурности: „Бројне јуснатуралистичке вредности и максиме су формална правила, испражњена од садржине, те је неопходно поставити критеријуме, критеријуме, и опет критеријуме, не би ли се у правничком послу могло носити са опасним методолошким инсуфицијентностима јуснатурализма, с његовим неодређеностима у погледу невезаности не-правом, и с ризицима инструментализовања у политичке сврхе. Јуснатуралистичка опција ваља да се опреми одговарајућим учењима о свему томе да би уопште била функционално способна“ (Vodinić, 1996: 82). Зато и манифестације злоупотребе права које је препознала судска пракса и етаблирала грађанскоправна наука заслужују да буду позитивисане.⁶ На тај начин би одредба о злоупотреби не само указивала на традиционална значења установе, него би такође поуздано водила грађанске судије у препознавању

6 Тако је нпр. у предлогу кодификације приватног права Европске уније у начелу 25 експлицитно забрањена манифестација злоупотребе права у виду недоследног (контрадикторног) понашања (*venire contra factum proprium*). Као разлог се наводи потреба заштите разумног поуздања и очекивања страна у грађанскоправним односима. (Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, 2009: 77)

нових правно недопуштених начина вршења субјективних овлашћења. При томе је нужно да овај појам буде дефинисан као отворен, чиме би се јасно оставила могућност судској пракси и правној науци да стваралачком применом права идентификује нове, сасвим извесне, манифестације овог вишезначног, широког и непотпуно одређеног појма.

Поред тога, предности унутрашње теорије ограничавања субјективних права потврђују своју вредност. За разлику од *lege lata*, Нацрт Грађанског законика у члану 81 дефинише појам субјективног грађанског права. Он је дефинисан у складу са налазима грађанскоправе науке као „овлашћење или скуп овлашћења која правни поредак признаје одређеном лицу да од другог или других лица у правном односу захтева одређено понашање судским путем” (алтернативно, као: “овлашћење или скуп овлашћења која правни поредак признаје одређеном лицу да од других лица захтева одређено понашање, уз могућност принудног остварења”). Системским тумачењем ове одредбе са одредбом члана 20 о злоупотреби права долази до изражаја њена логичка недоследност: *contradictio in adjecto* је да правни поредак истовремено даје овлашћење и забрањује његово вршење, а плеоназам је допуштање нечега за шта се ионако даје овлашћење. Зато је логички исправније позитивисати став да правни поредак не признаје овлашћење на одређену радњу него да то овлашћење забрањује. У том смислу, правном квалификацијом злоупотребе права „одузима се правност поједином овлашћењу које изгледа *in abstracto* подесно да буде садржина субјективног права у неком правном односу, чинећи га *in concreto* забрањеним или недопуштеним (неоправданим)” (Рашевић, 2014: 77).

У том смислу, решење које је предложено у члану 14 (рубрум Забрана злоупотребе) радног текста Законика о својини и другим стварним правима је модерније, информативније и логички коректније, па је стога овде препоручено у целости:

„(1) Ималац стварног права не врши право већ злоупотребу, ако шкоди другоме:

1. само или првенствено да би му нашкодио,
2. без оправданог интереса, ради безначајног интереса или бескорисно,
3. несразмерно више него што себи користи,
4. или му шкоди више него што би да поступа на други начин којим такође остварује интерес,
5. изигравши његово оправдано поверење, које је створио, да неће вршити своје ... право,

6. поступајући противно циљу тог ... права,
7. поступајући противно друштвеном моралу,
8. поступајући противно правичности, и
9. и у другим случајевима злоупотребе.

(2) Ко чини злоупотребу у смислу одредби става 1 овог члана, не ужива заштиту, односно одговара за последице таквог поступања.“ (Законик о својини и другим стварним правима, 2012: 4).

Практична предност овакве одредбе се чини очигледном у будућим грађанским споровима. Смисао правнозаштитног захтева, као и парничне одбране, није у утврђивању да ли одређени грађанскоправни субјект своје право врши на начин који му допушта правни поредак или не. Смисао је у утврђивању да ли у одређеној парничној ствари такво субјективно право уопште постоји, као и у одређивању конкретних последица (не)постојања тог субјективног права, било да се ради о превентивној, било реактивној заштити.

На крају, још један правно-политички аргумент иде у прилог позитивисања решења које би било на трагу унутрашње теорије ограничења субјективних права. Тај аргумент полази од јавноправног оквира важења и тумачења грађанског права. Наиме, у теорији и пракси људских права, која се непосредно примењују на основу члана 18, став 3 Устава Србије (*Сл. гласник РС*, 98/06) уобичајено је гледиште о злоупотреби људских права као унутрашњем ограничењу људских права зарад јавног интереса или пак остваривања права других. Тако нпр. члан 17 (рубрум *Забрана злоупотребе права*) Европске конвенције о људским правима и основним слободама (*Службени лист СЦГ-Међународни уговори*, 9/03, 5/05, 7/05 и *Сл. гласник РС-Међународни уговори*, 12/10, 10/15) одређује да: “Ништа у овој конвенцији не може се тумачити тако да подразумеје право било које државе, групе или лица да се упусте у неку дјелатност или изврше неки чин који је усмјерен на поништавање било ког од наведених права и слобода или на њихово ограничавање у већој мери од оне која је предвиђена Конвенцијом.” Ова одредба указује да субјективна људска права имају свој опсег дефинисан њиховим ограничењима из те конвенције (Vodinelić, 2006: 359), тако да се може закључити да се овде ради о унутрашњим ограничењима. Пошто Грађански законик у члану 3 „прокламује и на одговарајући начин предвиђа исту законску заштиту целовитости људских права у свим областима које чине предмет његовог регулисања,“ он треба да обезбеди кохерентност, потпуност и доследност норми које уређују границе остваривања људских и грађанских права. То се најбоље може постићи позитивисањем аналогних

јавноправних и приватноправних позитивноправних решења у којима је примењена унутрашња теорија ограничавања субјективних права.

6. Закључак

Установа злоупотребе права у Нацрту Грађанског законика Републике Србије заслужује пажњу научне и стручне јавности, зато што треба да задовољи различите, па и супротстављене захтеве. Предложено решење треба да буде утемељено на традицији социјализације и морализације грађанског права, примерено садашњем тренутку развоја грађанскоправне науке и грађанскоправних односа (да изражава налазе савремене грађанскоправне теорије), довољно свеобухватно (да обухвати све манифестације злоупотребе које је уочила судска пракса и научно елаборирала грађанскоправна догматика), довољно информативно, правносистемски и логички доследно (да обезбеди поуздано вођење у тумачењу и примени права).

Анализа и поређење установе *de lege ferenda* са теоријским налазима о њеној природи и са позитивноправним и упоредноправним решењима указују да је она у великој мери подударна са одредбама сада важећих Закона о облигационим односима и Закона о основама својинско-правних односа, с тиме да је нешто прецизнија: наводи се и намера као једна од њених субјективних манифестација и истиче појам шкођења другоме, који је важан конститутивни елемент теоријског појма злоупотребе. Са друге стране, пропуштена је прилика да се ова позитивноправна установа дефинише у складу са модерном теоријом унутрашњих ограничења субјективних права, и да се изразе нове манифестације злоупотребе које је препознала судска пракса и грађанскоправна наука.

Зато се предлаже теоријски модерније, свеобухватније, информативније и доследније позитивноправно решење, за које као узор може да послужи аналогна одредба у радном тексту Законика о својини и другим стварним правима. Оно би обезбедило праву меру судијске слободе у примени ове установе, ограничавањем домашаја неодређених јуснатуралистичких појмова путем позитивноправних критеријума. Ти критеријуми нису дизајнирани да ограничавају судијску слободу, него да поуздано воде грађанске судове у спознаји граница оправданости вршења субјективних грађанских права.

Литература/References

- Vizner, B. (1978). *Komentar Zakona o obveznim (obligacionim) odnosima*. Zagreb. Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика (2015). *Грађански законик Републике Србије*. Преузето 20. 10. 2020. <https://www.mpravde.gov.rs/files/NACRT.pdf>
- Vodinelić V. (2012). *Građansko pravo, Uvod u građansko pravo i opšti deo građanskog prava*. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta Union i Službeni glasnik.
- Vodinelić V. (1997). *Takozvana zloupotreba prava*. Beograd: Nomos, Beograd.
- Vodinelić V. (1996). Jusnaturalizam, napred! Marksizam, stoj! – Povodom jedne smene na pravno-teorijskoj sceni. *Pravni život* broj 12/1996.
- Vodinelić V. (1991). *Građansko pravo, uvodne teme*. Beograd: Nomos, Beograd.
- Вуковић С. (1999). *Коментар Закона о основама својинско-правних односа са судском праксом, регистром појмова и обрасцима*. Београд: Пословни биро.
- Јакшић А. (2006). *Европска конвенција о људским правима, коментар*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.
- Крнета С. (2007). Повреда „наčела поштенја и савјесности“ као разлог престанка субјективних грађанских права, у: Повлакић М. (ур.), *Одабране теме приватног права*. Сарајево: Правни факултет Универзитета у Сарајеву.
- Лоза Б. (2000). *Облигационо право, Општи дио*. Београд: Службени гласник.
- Министарство правде Републике Србије. (2012). *Законик о својини и другим стварним правима*, радни текст. Преузето 22. 10. 2020. <https://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html>.
- Ministerio de Justicia (2013). *Spanish Civil Code*, Madrid. Преузето 21. 10. 2020. <http://derechocivil-ugr.es/attachments/article/45/spanish-civil-code.pdf>
- Perić Ž. (2008). Nerešljivi problemi u oblasti prava. *Pravni informator* 3/2008.
- Перић, Ж. (1921). *О школама у праву*. Београд: Издавачка књижарница Геце Кона.
- Perović S., Stojanović, D. (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga prva*. Kulturni centar Gornji Milanovac i Pravni fakultet Kragujevac.
- Рашевић. Ж. (2014). *Забрана дискриминације у приватном праву*. Београд: Задужбина Андрејевић.
- Раšović Z. (2006). *Građansko pravo*. Podgorica: Pravni fakultet u Podgorici.

Станковић, О. (1996). Социјализација (морализација) грађанског права у: Станковић О., Водинелић, В., *Увод у грађанско право*. Београд: Номос.

Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law. (2009). *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference*. Munich: Sellier.

Crnić I., Matić J. (2001). *Zakon o obveznim odnosima s opsežnom sudskom praksom i priložima*. Zagreb: Organizator.

Doc. Živorad Rašević, PhD,

Assistant Professor,

College of Business Economics and Entrepreneurship, Belgrade

THE PROHIBITION OF ABUSE OF RIGHTS IN THE DRAFT CIVIL CODE OF THE REPUBLIC OF SERBIAN

Summary

This paper explores, explains and critically evaluates the legal provision on abuse of rights proposed in Article 20 of the Draft Civil Code of the Republic of Serbia. The author first briefly presents the institutional development and analyzes the contemporary theoretical dilemmas about the nature of this legal institute. Then, the author compares relevant Serbian and comparative law provisions de lege lata and de lege ferenda. Finally, the proposed legal solution is critically evaluated against the following criteria: its justification in the tradition of civil law doctrine and practice (case-law), adequacy in the development of modern civil law theory, envisaged content and information, and systemic and logical consistency.

The research results expose the legislator's choice to formulate a new provision on the provision de lege lata, which is improved by introducing the concept of harm to others and subjective manifestations of abuse. This solution is criticised here for omission to enumerate all abuse manifestations that have been recognized in civil law literature and case-law, as well as for the omission to regulate this institute in compliance with modern approach based on the theory of internal limitations of subjective rights. Relying on the premises in the contemporary civil law literature, the author proposes a different provision de lege ferenda, which may more clearly express the nature of this institute and guide civil courts in the judicial interpretation and assessment of the consequences of the abuse of rights.

Keywords: *civil law, abuse of rights, prohibition, subjective and objective approach, inner and outer theory.*

